



Roj: **STSJ EXT 684/2020 - ECLI: ES:TSJEXT:2020:684**

Id Cendoj: **10037310012020100027**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **23/09/2020**

Nº de Recurso: **19/2020**

Nº de Resolución: **28/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Juicio penal**

Ponente: **MARIA FELIX TENA ARAGON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA CIV/PE

CACERES

SENTENCIA: 00028/2020

-

Domicilio: PLAZA DE LA AUDIENCIA S/N

Telf: 927620453 Fax: 927620210

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MCP

Modelo: 001100

N.I.G.: 10037 41 2 2018 0002645

ROLLO: RPL APELACION RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM 0000019 /2020

Juzgado procedencia: AUD.PROV.SECCIÓN N.2 de CACERES

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO SUMARIO ORDINARIO 0000004 /2019

RECURRENTE: MINISTERIO FISCAL

Procurador/a:

Abogado/a:

RECURRIDO/A: Juan , Laureano , Leopoldo , Soledad

Procurador/a: MARIA DEL CARMEN MORENO DE ACEVEDO, MARIA DEL CARMEN MORENO DE ACEVEDO ,
MARIA DEL CARMEN MORENO DE ACEVEDO , MARIA DEL CARMEN MORENO DE ACEVEDO

Abogado/a: MARIA DEL CARMEN LUCAS DURAN

Recurso de Apelación 19/2020

Sumario Ordinario 4/2019

Audiencia Provincial, Sección Segunda, Cáceres

Ponente: Excm. Sra. Doña María Félix Tena Aragón

S E N T E N C I A N° 28/2020

Presidente: Excm. Sra.

Doña María Félix Tena Aragón



Magistrados: Ilmos. Sres:

Don Jesús Plata García

Doña Manuela Eslava Rodríguez

En Cáceres, a veintitrés de septiembre de 2020

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura ha visto, en grado de apelación, la causa seguida en la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, Rollo PO 4/2019, dimanante de P.O 1/2018 seguido en el Juzgado de Instrucción Número 4 de Cáceres, por un delito de Abandono de menores y Tentativa de Homicidio, contra la inculpada María Rosario , prevista de N.I.E NUM000 , estando representada por la Procuradora Sra. Muñoz García y defendida por la Letrada Sr. González Hernández, como Acusación Particular Juan , Laureano , Leopoldo , Carolina y Soledad , estando representados por la Procuradora Sra. Moreno de Acevedo y defendido por la Letrada Sra. Lucas Duran, como responsable civil subsidiario la Junta de Extremadura y siendo parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHOS

Primero.- Incoado por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda. PO 4/2019, designó Ponente a la Ilma. Sra. Magistrada Doña Julia Domínguez Domínguez y, llegado el día señalado para el juicio oral, se celebró con la asistencia de los Sres. Magistrados componentes de la Sala, el Ministerio Fiscal y los Letrados de las partes, practicándose las pruebas propuestas y admitidas, elevándose a definitivas las conclusiones provisionales a definitivas.

Por el Ministerio Fiscal se calificaron los hechos como constitutivos de a) un delito de cuatro delitos de abandono de menores del art. 226 CP y b) un delito de asesinato cometido en grado de tentativa del art. 139.1 C.P, en relación al 16 y 62 del mismo texto legal. De los referidos delitos es autora directa la procesada conforme al art. 28 del CP. Concorre la circunstancia agravante de parentesco del art. 23 CP. Procede imponer a la acusada las siguientes penas. Por cada uno de los delitos a) la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante 8 años. Por el delito b) la pena de 14 años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación de la patria potestad de su hijo Juan (art. 56 CP). Costas del procedimiento.

Responsabilidad Civil. La acusada y como responsable civil subsidiaria la Junta de Extremadura indemnizarán a Juan en 100 millones de Euros por las lesiones sufridas incluso el daño moral.

Segundo.- Que evacuado el traslado conferido a la acusación particular en representación de Juan , Laureano , Leopoldo , Carolina y Soledad , establece que los hechos relatados constituyen cinco delitos de abandono de menores del art. 226 del CP (uno por cada uno de sus hijos) y un delito de asesinato en grado de tentativa del art. 139.1 CP en relación al art 16 y 62 del CP. Es responsable en concepto de autora la acusada María Rosario conforme al art. 28 CP. Concurrén circunstancias agravantes de parentesco del art. 23 CP. Procede imponer a la procesada las siguientes penas: Por cada uno de los 5 delitos de abandono de menores, la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante 8 años. Por el delito de asesinato en grado de tentativa la pena de 14 años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación de la patria potestad de su hijo Juan . Costas del procedimiento. Respecto de la responsabilidad civil (art. 109 a 122 CP) la acusada y como responsable civil subsidiaria la Junta de Extremadura indemnizará a Juan en la cuantía de 100 millones de euros por las lesiones sufridas incluso daño moral. Las anteriores cantidades referidas devengarán los intereses legales correspondientes.

Tercero.- Evacuado el traslado conferido a la Junta de Extremadura manifiesta que muestra su conformidad con la formulada por el Ministerio fiscal y la Acusación Particular esto es los hechos cometidos por Doña María Rosario son constitutivos de cuatro delitos de abandono de menores del art. 226 CP y un delito de asesinato cometido en grado de tentativa del art. 139.1 CP en relación al art. 16 y 62 del mismo texto legal. Respecto a la responsabilidad civil subsidiaria a su representada, no conforme con la formulada por el Ministerio Fiscal ni por la Acusación Particular. Hemos de recordar que los menores se encuentran tutelados por la Junta de Extremadura, que esta representación se personó en el presente procedimiento como acusación particular en defensa de los menores y que nos vimos obligados a abandonar dicha situación procesal al dirigir el Ministerio fiscal en su escrito de calificación provisional la responsabilidad civil subsidiaria contra la Junta de Extremadura. Teniendo además la petición por desmesurada, desproporcionada y carente de fundamentación objetiva en relación con mi representada.



Cuarto.- Que evacuado el traslado conferido a la defensa del acusado para calificación, expresa su disconformidad con los hechos del Ministerio fiscal, manifestando que el no existir hechos delictivos no existe delito alguno, por lo que si no hay delito ni responsabilidad, no hay circunstancias modificativas, solicitando la libre absolución de su defendida.

Quinto.- En la segunda de las sesiones del juicio, celebrada el día 30/01/2020 y por la representación procesal de la compañía de Seguros Segur Caixa Adeslas conocida la presente causa muy recientemente y personada en las presentes actuaciones el día 4/12/2019 por y ante una posible exigencia de responsabilidad civil en su cualidad de asegurada del Servicio Extremeño de Salud, en virtud de póliza nº NUM001, interesó la suspensión del juicio oral y ello, alegando que para poder valorar y tener un acceso fundado y a la totalidad de las presentes actuaciones, ciertamente voluminosas y así garantizar su derecho de defensa con el traslado de todo el procedimiento para un exacto y completo conocimiento de todo lo actuado y poder presentar en debida forma su escrito de defensa y proposición de pruebas, pues en caso contrario consideraba que se le podría causar una verdadera indefensión.

La Sala y tras oír a todas las partes denegó esa petición de suspensión y ello por cuanto no se podía ni cabía ya ampliar el ámbito subjetivo del presente enjuiciamiento y dicha compañía de seguros debía quedar lógicamente excluida en conformidad con las normas procesales y contempladas entre otros en los artículos 100, 105, 108 y también en 773 y demás concordantes de la L.E.Criminal, ella no podía ser considerada como parte en el presente procedimiento penal, pues y por un lado el Ministerio Público no ejercía acción ni reclamación civil alguna contra ella y la Acusación Particular aunque expresó en ese momento "la posibilidad quizás de ejercerla" es lo cierto, que no la había tampoco ejercido en el momento procesal oportuno y ante ello, lógicamente la suspensión instada evidentemente no procedía y carecía de sentido o base alguna, así como tampoco era ya oportuna su propia asistencia y presencia en el acto material de la celebración del plenario.

E igualmente en el inicio de dicha sesión quedaron delimitadas otras dos cuestiones y en concreto que, el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular única y exclusivamente ejercitaban la acción civil y responsabilidad directa contra la procesada María Rosario y la acción civil y responsabilidad civil subsidiaria de la Junta de Extremadura, pero única y exclusivamente aquella o la que hubiera y pudiese derivar del delito de asesinato en grado de tentativa. Y en la posible responsabilidad civil quedó cuantificada en la suma máxima de un millón de euros e inclusive los daños morales por las dos citadas Acusaciones. A la vez que expresaron no especificar cantidades o sumas concretas ni tampoco conceptos integradores de la misma e individualizados por carecer de los elementos o datos necesarios para ello y depender, en realidad, de la evolución y desarrollo del niño en el tiempo.

Sexto.- Por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres, con fecha veinte de marzo de dos mil veinte, se dictó Sentencia Nº 85/2020, en la que se declararon proados los siguientes HECHOS:

A) La procesada María Rosario nacida el día NUM002 /1986 en Baia Mare (Rumania) y sin antecedentes penales, es madre de seis hijos menores de edad, si bien la mayor de todos de 16 años reside en Rumania y los otros cinco menores siempre han vivido en su compañía en el domicilio sito en la C/ DIRECCION000 nº NUM003 bloque NUM004 . NUM005 de la ciudad de Cáceres, siendo su filiación la siguiente:

- Leopoldo , nacido en día NUM006 /2008, hijo de Luis Y DE María Rosario .
- Las gemelas Carolina y Soledad , nacidas en Cáceres el día NUM007 /2014, hijas de Luis y de María Rosario .
- Laureano , nacido en Cáceres, el día NUM008 /2017, hijo de Salvador y de María Rosario .
- Juan , nacido en Cáceres el día NUM009 /2018 es hijo de María Rosario y Salvador (progenitor y quien se encuentra cumpliendo condena en el Centro Penitenciario de Cáceres, aproximadamente desde el mes de septiembre de 2017).

B) Desde el año 2008 los Servicios sociales del Ayuntamiento de Cáceres han tenido conocimiento de la situación personal y social de María Rosario , habiendo tramitado diferentes prestaciones económicas a favor de su unidad familiar, siendo entre otras, la concesión de una vivienda social, becas de inserción social y otras varias y diversas prestaciones sociales.

María Rosario se quedó embarazada en el mes de agosto del año 2017 y, a partir de entonces, dejó de cumplir con los deberes legales de asistencia a sus hijos, no cumpliendo con la obligación de llevarlos al colegio, quedándose solos en su domicilio pese a sus cortas edades y haciendo responsable a su hijo mayor, Leopoldo y de apenas diez años, de sus hermanos aún más pequeños. Leopoldo se encargaba de hacer la comida y las tareas domésticas hasta el punto de ser quien se ocupaba de la alimentación y cuidar del recién nacido,



Laureano , debiéndose poner una alarma por las noches en el teléfono móvil para que le despertara a fin de darle la toma que él mismo preparaba para el bebé.

Así y respecto a la dejación de sus obligaciones respecto de llevar a sus hijos al colegio, su hijo mayor Leopoldo , escolarizado en el colegio concertado DIRECCION001 de Cáceres y repitiendo segundo curso de primaria, comenzó el curso escolar 2017/2018 faltando a clase de forma continuada, siendo comunicado por su tutora a la Jefatura de estudios y también a su madre María Rosario , celebrándose al efecto una reunión el 30/10/2017 y en la que la madre expuso sus dificultades para llevar a los niños al colegio al encontrarse sola (su pareja había ingresado el mes anterior en prisión y tener un hijo pequeño (Laureano) de apenas unos meses, a la vez de encontrarse de nuevo embarazada y concluyendo la reunión con la procedencia de un cambio de centro escolar. Tras iniciarse el protocolo de absentismo, se remitió el acta de la precitada reunión al departamento de orientación de la Junta de Extremadura, quien debía continuar con las actuaciones y que lo derivaría a Asuntos Sociales. Igualmente, desde el Centro escolar se pusieron en contacto con la educadora social del IMAS, Servicios sociales municipales para intentar solucionar el problema planteado por la madre. Sin embargo, estas actuaciones no tuvieron lugar, continuando en consecuencia el menor escolarizado en el colegio DIRECCION001 y con continuadas faltas de asistencia, hasta el día 15 de marzo, fecha en la que no volvió a acudir a clases. Este día, el colegio celebró una reunión con la Jefatura de estudios, el técnico de servicios de la comunidad de DIRECCION002 y la Sra. María Rosario y en la que se acordó, de nuevo, el cambio de centro escolar atendiendo al avanzado estado de gestación, comprometiéndose el técnico en acompañar personalmente a la madre al nuevo centro o colegio. Sin embargo, este hecho tampoco tuvo lugar, derivando el caso a Asuntos Sociales y de nuevo ninguna actuación se realizó por la Junta de Extremadura. De hecho y a partir de ese día, el menor no volvió a acudir a clases.

En el curso escolar 2017/2018 el menor tuvo un total de 138 faltas de asistencia, no pudiendo ser evaluado para promocionar al siguiente curso y tener desfases curriculares importantes.

C) La procesada María Rosario desde que tuvo conocimiento del embarazo de su último hijo, Juan y no deseado, omitió los más elementales cuidados propios y que corresponden a cualquier gestante. Así, no siguió control ginecológico alguno, como si había hecho en los anteriores embarazos hasta la semana 27 de gestación, fecha en la que acudió a consulta en el centro de salud de DIRECCION002 y, posteriormente, en la semana 29 acudió por primera vez a la consulta de Obstetricia en el HOSPITAL000 de esta ciudad y con el diagnóstico de "gestación no controlada hasta ese momento", explicándole entonces la necesidad de acudir a Patología Cervical, no acudiendo María Rosario en dos ocasiones en la que fue citada (esto es, en los meses de marzo y abril). Llegado el término del embarazo, María Rosario , dio a luz en su propio domicilio el día NUM010 de 2018, asistida en el parto por su hijo de 10 años (Leopoldo). Tras el alumbramiento, el niño de 10 años llamó a una vecina y quien requirió la presencia de los servicios médicos, que llegaron y trasladaron a la madre y al recién nacido al HOSPITAL000 , donde permanecieron ingresados unos dos días y hasta el día 27 de abril, en que se les dio el alta con la indicación al recién nacido de "seguimiento precoz por su pediatra".

El menor Juan , desde su nacimiento hasta el momento del alta hospitalaria fue alimentado con leche materna y habiendo alcanzado un peso de 2.670 gramos a fecha en que fue dado de alta.

Cuando llegaron al domicilio familiar, la procesada María Rosario , dejó de prestarle la asistencia debida, no alimentándole o haciéndolo de forma insuficiente , pese a contar con recurso económicos suficientes para ello y siendo su propio hijo mayor, pero éste apenas de 10 años de edad, Leopoldo , quien se encargaba de alimentar al recién nacido; por las noches mientras su madre estaba ausente del domicilio y ellos dos solos o bien, durante el día mientras su madre dormía, pero pese a ello, lo hacía de manera insuficiente al desconocer las proporciones entre la leche en polvo y el agua que correspondían a un niño de tan corta edad, todo lo cual fue provocando una disminución progresiva y evidente en el peso de Juan y un deterioro también progresivo y ostensible a simple vista de sus funciones neurológicas, y pese a ello, María Rosario en momento alguno asumió el debido cuidado al niño, no alimentándolo y no demandando tampoco asistencia médica alguna, ni siquiera acudió a los controles obligatorios pautados desde el Hospital para un recién nacido, no acudiendo incluso al screening del oído izquierdo y pese a haber sido citado el propio día 27/4/2018 (día del alta hospitalaria). Ello no obstante, María Rosario si llevó a su hijo mayor al médico en los meses de abril y junio de 2018 y a su hijo Laureano al control pediátrico de los doce meses y el correspondiente día 18/5/2018.

El día 15(6/2018, María Rosario , quien de nuevo dejó a sus hijos solos en su domicilio, se encontró en la calle con su madre, la Sra. Carla y se fue con ella a tomar un café al domicilio materno. Pero, cuando regresó a su propia casa, la procesada llamó por teléfono a su madre para que se personara rápido y urgente en la misma y acudiendo la Sra. Carla a esa llamada se encontró al recién nacido (Juan) como una momia, con los huesos del cráneo marcados, las manos y los labios amoratados, los ojos hundidos", por lo que conmino a su hija a que lo llevara de inmediato a urgencias, pero María Rosario se negó alegando que sólo tenía "diarrea" y que ya le había comprado un suero. Si bien y finalmente ante el ultimátum de su madre, la procesada



acabó trasladando al bebé hasta el Servicio de Urgencias del HOSPITAL000 , donde fue ingresado con "desnutrición y deshidratación grave, que impresiona de larga duración, por falta de aporte alimentario desde el nacimiento y aspecto de muerte inminente", habiendo perdido un 26% de peso respecto de su nacimiento y presentando la siguiente sintomatología: "pésimo estado general.Sensación de muerte inminente .Aspecto de desnutrición/deshidratación extrema. Ausencia de masas musculares y panículo adiposo. Signo de Pliegue, labios sequísimos, lesión erosiva en la piel bajo el labio inferior. Suturas craneales acabalgadas.Polipneico. ACP normal. Abdomen prácticamente excavado. Genitales masculinos normales, salvo la falta de turgencia absoluta de la piel del escroto. Lesiones erosivas en raíz de miembros inferiores. Muy decaído, reacciona algo a la estimulación con llanto. Movimientos escasos".

Pese a la gravedad de la situación y que le fue explicada por los médicos que atendieron a su hijo, la procesada no mostró el más mínimo signo de preocupación o culpa por el estado en que se encontraba su hijo, es más a las 48 horas de su ingreso, su situación o salud empeoró y cuando el Hospital intentó contactar telefónicamente con ella, la procesada no cogió el teléfono y la notificación de la situación agravada fue comunicada únicamente al padre, el Sr. Salvador , a través del centro penitenciario en que se encontraba.

Posteriormente, la evolución sanitaria de Juan ha sido favorable y tras permanecer ingresado en el hospital desde el día 15/6/2018 fue dado de alta hospitalaria el día 18/7/2018 (tras permanecer hospitalizado 33 días), pero y desde entonces hasta el momento del juicio celebrado (e iniciado en su primera sesión, el 28/11/2019 y concluido el pasado 3/3/2020 sigue necesariamente para curar de sus lesiones, en tratamientos médicos y facultativos muy diversos, si bien ha sufrido ya unas *lesiones irreversibles* consistentes en "una atrofia cerebral y un retraso global del desarrollo motriz y cognitivo" y *secuelas* en principio relevantes y de suma entidad, si bien cuales sean ellas definitivamente y cuáles sean su grado de evolución y de posible recuperación (en todas o algunas de ellas), actualmente y en estos momentos no es posible de determinar al depender ello de la evolución o respuesta individualizada y que el menor vaya presentando a lo largo del tiempo según su propio crecimiento y desarrollo personal, así como la respuesta que él consiga dar a los tratamiento médicos que sigue y a la eficacia final que estos alcancen en la salud del niño. Pero, en todo caso, *el daño y sufrimiento moral* se ha producido, pues la realidad de ser o tener una infancia normal la ha perdido completamente y al día de hoy, el niño ni siquiera es capaz caso de hablar e incluso presenta signos de aislamiento o falta de capacidad y de comunicación con terceros.

Tras el nacimiento de su hijo Juan , y de ser tratada y permanecer dos días en el HOSPITAL000 , de vuelta s su domicilio con el recién nacido, la procesada María Rosario , con perfil de personalidad dependiente, presentó un estado de ánimo bajo con anhedonia, cierto aislamiento y dependencia emocional, así como un desbordamiento y embotamiento o bloqueo cognitivo, sufriendo el trastorno depresivo moderado que no había sido diagnosticado ni tratado con anterioridad.

Séptimo.- En la expresada Sentencia, con base a los fundamentos de derecho que se estimaron oportunos, se pronunció el siguiente **FALLO:** Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a la procesada María Rosario como autora responsable de cuatro delitos de abandono de familia y un delito de asesinato en grado de tentativa, ya definidos, concurriendo la circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal mixta de agravante de parentesco (respecto de ambos tipos delictivos) y de la atenuante analógica (respecto del delito de tentativa de asesinato), a las penas de SEIS MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante OCHO AÑOS por cada uno de los cuatro delitos de abandono de familia. Y a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD de su hijo Juan .

La procesada María Rosario y en concepto de RESPONSABILIDAD CIVIL DIRECTA indemnizará a su hijo Juan en la cantidad total y máxima de Un millón de euros (1.000.000 euros), más los intereses legales correspondiente. Si bien y ahora ya determinados algunos conceptos indemnizables se señalan y concretan sus cuantías del siguiente modo:

-Por los 33 días de curación la cantidad de 3.300 euros (a razón de 100 euros por día).

-Por los 497 días de curación la cantidad de curación la cantidad de 37.275 euros (a razón de 75 euros por día).

-Y por los daños morales sufridos, el importe de 200.000 euros.

Y respecto a las secuelas y en conformidad con lo antes expuesto se establece que, *en ejecución de sentencia*, se lleve a cabo un seguimiento de las mismas y presentación de informes médicos- facultativos respecto de su evolución en una *periodicidad anual* (comenzando ella y en el momento de la firmeza de la sentencia) y ello, a los efectos de que, posteriormente y en el momento en que médicamente sea posible y , ya establecidas definitivamente las secuelas, sean objeto de su valoración oportuna y conforme con el baremo antes citado.



Igualmente y, dado lo expuesto, no se considera procedente la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria de la Junta de Extremadura.

Y todo ello, con imposición de todas las costas procesales a la condenada penalmente, María Rosario .

Conforme a lo dispuesto en el apartado sexto de la Instrucción 1/2011 del C.G.P.J, practíquense las notificaciones que puedan realizarse a través del sistema de gestión de notificaciones telemáticas Lexnet, e imprímense las copias necesarias para el resto de las partes cuyos datos se encuentren debidamente registrados en el sistema de gestión procesal, a las que se unirán las cédulas de notificación que genere automáticamente el sistema informático, y remítanse al Servicio Común que corresponda para su notificación. Devuélvase los autos al Servicio Común de Ordenación Procedimiento con certificación literal de esta resolución para la práctica del resto de las notificaciones legalmente previstas, seguimiento de todas las realizadas, cumplimiento y ejecución de lo acordado.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de APELACIÓN, para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia, conforme a los trámites previstos en los artículos 790, 791 y 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin perjuicio del recurso, se informa igualmente la posibilidad de solicitar Aclaración respecto de algún concepto que se considere oscuro o para rectificar cualquier error material del que pudiera adolecer, solicitud a formular para ante este Tribunal, dentro de los dos días siguientes al de la notificación de la presente resolución (art. 267.1 y 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Si se hubieren omitido en esta resolución manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en esta instancia podrá igualmente solicitarse en el plazo de cinco días que se complete la resolución en la forma expuesta en el artículo 267.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; todo ello referido a la parte dispositiva de la resolución.

Así, por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Octavo.- Por el Presidente en Funciones Valentín Pérez Aparicio se formuló el siguiente **VOTO PARTICULAR COMPLEMENTARIO**, a la Sentencia dictada.

" Pese a compartir plenamente los antecedentes de hecho, los fundamentos jurídicos y el fallo de la sentencia, considero que puede ser útil completar su motivación en lo que ha sido la principal cuestión controvertida en esta causa, esto es, la pretensión que las acusaciones mantienen frente a la Junta de Extremadura, como titular del Servicio Extremeño de salud, para hacer extensiva a dicha Administración la responsabilidad civil derivada de los hechos enjuiciados, y en concreto del delito de tentativa de asesinato por el que se condena a la procesada.

Previamente quiero dejar constancia de mi preocupación por lo que considero que ha sido una quiebra relevante del principio de imparcialidad que consagra el artículo 2 de la Ley 50/1981, de Estatuto Orgánico del Ministerio fiscal, en relación con el informe pericial psicológico realizado a la procesada por el Instituto de Medicina Legal (acontecimiento nº 183 del sumario), informe pericial que, tal y como se analiza en la sentencia, describía unas serias patologías psicológicas en la procesada que, unidas a una cierta desatención de la misma por parte de los servicios sociales municipales, explicaban la realidad subyacente detrás de los hechos enjuiciados, descartando -en opinión de la Sala- que en la procesada concurriera el dolo directo que mantenían las acusaciones (y que aparecía plasmado en los escritos de calificación en las expresiones "la procesada omitió los más elementales cuidados que corresponden a cualquier gestante con la intención de evitar su nacimiento", "con la intención de que el bebé no sobreviviera al parto dio a luz intencionadamente en su domicilio" o "guidada con el mismo ánimo de atentar contra la vida de su hijo menor dejó de prestarle la asistencia debida", en las que luego se recreó la letrada de la Junta de Extremadura en su informe con el fin de tratar de descartar la posible responsabilidad de la Administración) para situarnos en realidad, y como se razón a en la sentencia, en el ámbito del dolo eventual, o simplemente, en el ámbito de una comisión por omisión al concurrir en la procesada las dos circunstancias a que se refiere el artículo 11 del Código Penal, tanto la de haber creado ella la situación de riesgo para la víctima ante su falta de atención a la alimentación de Juan , como la de encontrarse -pues se trataba de su hijo- ante una específica obligación legal de actuar, y, siendo así que resultaba extraordinariamente relevante el indicado informe pericial para constatar qué fue lo que realmente ocurrió y para determinar el alcance de la responsabilidad penal de la acusada, sin embargo no fue traído al plenario por el Ministerio Público, no a través de la pericial de las autoras del indicado informe, ni tampoco a través de su cita como prueba documental, omisión que no considero que traiga causa de un simple descuido. De no haber sido por la genérica fórmula empleada por la acusación particular al proponer la prueba documental en su escrito de calificación, esa prueba esencial podría no haber tenido acceso al plenario.



La pretensión indemnizatoria que el Ministerio Público mantiene frente a la Junta de Extremadura deriva de lo que, en opinión de dicha parte, expuesta en la segunda sesión del juicio oral, constituyó una completa desatención de sus deberes públicos en relación con la protección de menores. Partía el Ministerio fiscal de la premisa de que la Administración tenía conocimiento de la situación de riesgo de los hijos de la procesada, pues el absentismo escolar había sido puesto en su conocimiento, fue seguido por la falta de cumplimiento del protocolo establecido por el Servicio Extremeño de Salud en el caso de embarazadas, y culminó con la falta de seguimiento del menor después de su nacimiento y posterior alta hospitalaria, desentendiéndose el SES del mismo, sin que saltara ningún tipo de alarma (pese a que no fue llevado a las pruebas médicas programadas), y sin que las trabajadoras sociales del SES hicieran nada para "obligar a la madre y detectar lo que estaba ocurriendo", añadiendo que, por el contrario, a raíz de tener conocimiento la Junta de Extremadura de la reclamación de un millón de euros (pues, como explicó en aquella intervención, esa reclamación no solo pretendía proteger a Juan sino también proteger a todos los menores que en el futuro pudieran encontrarse en esa situación), la Junta de Extremadura "ha tomado nota", ha adoptado medidas y ahora, cuando se detecta a algún menor en situación objetiva de riesgo, pone esa situación en conocimiento de la Fiscalía y de los Servicios de Protección de Menores. Considera, por lo tanto, que ha existido un anormal funcionamiento de la Administración de que debe dar lugar a una responsabilidad civil subsidiaria ex delicto, invocando los artículos 109 al 123 del Código Penal así como la Ley Orgánica de Protección del Menor (cuando se refiere a los deberes de prevención, detención y reparación de situaciones de riesgo) en relación con las competencias que el Estatuto de autonomía de Extremadura atribuye a la Junta de Extremadura, anormal funcionamiento que va más allá del que puede originar una mera responsabilidad patrimonial, llegando a sugerir la posibilidad de que la Junta de Extremadura pudiera haber sido traída a juicio como responsable penal (olvidando que el artículo 31 quiquies del Código Penal en su apartado primero establece que las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables, entre otros entes públicos, las Administraciones públicas territoriales, como también que el delito de asesinato no es uno de los supuestos recogidos en el Código Penal susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas), alcanzando en su opinión la pasividad administrativa una entidad suficiente como para apreciar la concurrencia de las circunstancias necesarias para declarar a la Administración responsable civil subsidiaria.

No obstante, en último término la petición se sustentó en vía de informe en lo establecido en el artículo 106.2 de la Constitución y 32 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, con cita de diversa jurisprudencia Contencioso Administrativa que entendía aplicable.

Lo cierto es que la responsabilidad patrimonial de la administración y la responsabilidad civil subsidiaria ex delicto, aun cuando puedan concurrir en un mismo supuesto, tienen una naturaleza jurídica muy diferente, entre otras razones porque la primera es una responsabilidad directa, que obliga de forma inmediata a la Administración, mientras que la segunda resulta operativa únicamente para el caso de insolvencia del autor del delito; y por más que esa insolvencia pueda ser previsible, y en el caso que nos ocupa lo es, no por ello esa responsabilidad civil de la Administración pasa a ser directa. Peticiones como la que el Ministerio Público realizó en relación con la futura atención sanitaria de Juan, llegando a concretar el número de sesiones semanales de rehabilitación que la Junta debía facilitarle, o el Centro en el que debían llevarse a cabo, revelan que en el fondo lo que venía a plantear la acusación encubría una pretensión de responsabilidad civil directa y no subsidiaria, pues tales "obligaciones de hacer" no se reclamaban para la condenada, solo frente a la Junta de Extremadura. Y la posibilidad de traer el proceso penal la determinación de una posible responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de lo dispuesto en los citados artículos 106.2 de la Constitución y 32 de la Ley 40/2015 conjuntamente con la responsabilidad civil correspondiente al autor del hecho, aun cuando pudiera ser útil de lege ferenda en beneficio de la víctima para evitarle tener que acudir a dos jurisdicciones diferentes, de momento no tiene cabida en nuestro proceso penal, en el que una reclamación frente a la Administración queda circunscrita al ámbito de la responsabilidad civil subsidiaria, esto es, "en defecto de los que lo sean criminalmente", que podrá quedar determinada en aquellos casos en que se den las circunstancias que el Código Penal prevé en sus artículos 120 y 121, precepto este último en que, al establecer que esa responsabilidad subsidiaria debe entenderse "sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo", deja clara la diferente naturaleza que tienen ambas figuras.

No obstante, no deja de ser cierto que, en alguna ocasión, la jurisprudencia ha considerado que, en determinados supuestos en los que cabría apreciar una responsabilidad patrimonial de la Administración por anormal funcionamiento de un servicio público, también puede ser declarada su responsabilidad civil subsidiaria en base al artículo 120.3 del Código Penal, cuestión que ha sido analizada, principalmente, en relación con delitos cometidos por penados o por menores internos en centros de reforma, respecto de la administración penitenciaria o autonómica responsable de su custodia.



En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 893/2010 de 4 de octubre señalaba, en relación con las previsiones del artículo 121 del CP, que "la inclusión de un apartado específico para la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincial, la Isla, El Municipio y demás entes públicos en artículo 121 del Código Penal, no modifica ni altera la responsabilidad tradicional de estos entes, recogida en la referencia general del artículo 120.3º del Código Penal a las personas naturales o jurídicas por los delitos o faltas cometidas en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que este no se hubiera producido sin dicha infracción". Añade esta sentencia que "la homologación de ambos supuestos ha sido avalada por el acuerdo de la Sala General de 26 de mayo de 2000, en el que se llegó a la conclusión de la compatibilidad entre ambos preceptos, aplicándose el artículo 121 cuando el daño causado pueda ser atribuido a un funcionario imputado en el proceso y el 120.3 cuando se observe un funcionamiento de la administración contrario a la previsiones reglamentarias que regulan el funcionamiento del servicio. En dicho acuerdo se aprobó que: <<el artículo 121 del nuevo Código Penal no altera la jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del artículo 120.3 del Código Penal>>, si bien, y es importante destacarlo, "no basta con detectar irregularidad en el cumplimiento de las previsiones reglamentarias, sino que es necesaria una conexión causal entre la infracción de los reglamentos y el resultado, de tal manera, que sin dicha infracción, el tercero no hubiera cometido el delito".

En relación con la posible responsabilidad civil de la administración penitenciaria, la sentencia del Tribunal Supremo 47/2007 de 29 de mayo, insistía en que cualquier hecho delictivo cometido en el curso de un permiso penitenciario no puede anudarse a una responsabilidad civil subsidiaria sino a un funcionamiento anormal de la Administración Penitenciaria, que debe ser soportada por el Estado y solidariamente por toda la sociedad. En la misma resolución se matiza que sólo cabría dilucidar esa responsabilidad de la Administración Penitenciaria dentro proceso penal "cuando se acreditaran evidentes y palmarios descuidos por parte de la Administración". Según se desprende de la resolución reseñada, "la responsabilidad civil del Estado sólo procedería por tanto declararla en el ámbito penal en los casos extraordinarios en que concurriera una negligencia patente y palmaria por parte de los funcionarios previamente a la concesión del permiso o con posterioridad al quebrantamiento de la condena por parte del penado, por no tomarse medidas elementales para su reintegro al Centro", que es lo que sucedió en aquel supuesto contemplado en la referida sentencia 47/2007.

No cabe duda de que entre las competencias (y, por ende, entre los deberes) de la Junta de Extremadura se encuentra la protección de los menores, en los términos que expuso el Ministerio Fiscal y, por ello, y en base a esta doctrina jurisprudencial, cabría la posibilidad de declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración autonómica respecto del abono e la indemnización a que se condena a la procesada (no así respecto de otras obligaciones reclamadas por la acusación únicamente frente a la Junta, ajenas a esa responsabilidad civil subsidiaria), siempre y cuando fuera posible apreciar en los responsables de la Administración esa "negligencia patente y palmaria" en el cumplimiento de los deberes que le son propios de que habla el Tribunal Supremo, y siempre que se diera además "una conexión causal" directa entre ese patente incumplimiento y el resultado delictivo.

Pese a los esfuerzos del Ministerio Fiscal, tales circunstancias no concurren en este caso.

El pretendido conocimiento, por parte de la Junta de Extremadura, y con carácter previo al nacimiento de Juan , de la existencia de unos menores (sus cuatro hermanos mayores) en situación "de riesgo", partía de premisas erróneas pues, de una parte, la falta de escolarización únicamente se refirió el mayor de sus hijos, Leopoldo , único dato que entonces pudo conocer la Junta (dentro de sus funciones educativas, no sanitarias) y del que no cabe detraer seriamente un riesgo de que en el futuro un hermano recién nacido pudiera llegar a perder la vida por falta de atención de su madre, y, de otra, la situación de la unidad familiar únicamente era conocida, en cuanto a los servicios sociales se refiere, por los municipales, únicos a los que en alguna ocasión había acudido la procesada en busca de ayuda, pero no por los autonómicos, no teniendo conocimiento los trabajadores sociales del Centro de Salud correspondiente a la procesada de la situación en que pudieran encontrarse ésta o sus hijos, con anterioridad al nacimiento de Juan .

Es cierto que con la procesada no se siguió el protocolo establecido para una gestante; pero si esto ocurrió así no fue por dejadez del Servicio Extremeño de Salud, sino porque la procesada no acudió al Centro de salud hasta la semana 27 de gestación, momento a partir del cual toma conocimiento el SES de su estado, acudiendo en una segunda ocasión a la consulta de obstetricia del HOSPITAL000 , pero no a las citas subsiguientes, dando a luz en su propio domicilio. Pretender que, a la vista de esas incomparecencias, los servicios sanitarios deban representarse la posibilidad de que la gestante pueda llegar a atentar contra la vida del hijo que espera



no es algo que se ajuste a lo razonable, máxime cuando después, tras el nacimiento del menor en su domicilio (hecho que, según los testigos -sanitarias- explicaron en el plenario, aun no siendo frecuente en la actualidad, no es algo inusual), madre e hijo son llevados al Hospital para recibir la atención habitual y las profesionales que les atienden lo que observan es a una madre que exterioriza su afecto hacia el bebé, al que alimenta con su pecho, coincidiendo en sus declaraciones en que no vieron ningún comportamiento inusual hacia el recién nacido por parte de su madre.

Luego, tras dejar el hospital, el único "pudo tener" pues lo cierto es que su madre no le dio de alta en Sanidad, pues no inscribió su nacimiento en el Registro Civil, requisito necesario para obtener la tarjeta sanitaria) fue que su madre no lo llevó a hacerse una prueba (screening de oído izquierdo) para la que había sido citada al darles de alta en el Hospital, sin que tampoco parezca razonable concluir, por una simple ausencia a una cita de un menor a quien todavía ni siquiera se le ha dado de alta en el sistema sanitario, que la Administración Sanitaria ha actuado "con negligencia patente o palmaria" por no "obligar a la madre y detectar lo que estaba ocurriendo" como sugirió el Ministerio Fiscal, como tampoco resulta razonable concluir que el resultado, la inminente muerte del menor, derivado de una conducta que se desarrolló en la intimidad (e inviolabilidad) del domicilio de la madre, pueda atribuirse casualmente a la desatención del SES.

No se dieron, por tanto, las condiciones necesarias para declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la Junta de Extremadura, sin perjuicio de que, en otra jurisdicción y a instancias tanto del Ministerio Fiscal como de la defensa del menor, pueda declararse la existencia de una posible responsabilidad patrimonial de la Administración en los términos del artículo 32 de la Ley 40/2015, cuestión acerca de la cual esta Sala no puede pronunciarse.

Notifíquese el presente voto particular juntamente con la sentencia a la que complementa.

Así lo pronuncio y firmo como complemento de la sentencia dictada.

Noveno.- Notificada la Sentencia y el Voto Particular Complementario a las partes por el Ministerio Fiscal, se interpuso en tiempo y forma Recurso de Apelación contra la Sentencia dictada, en base a los siguientes motivo: único. Vulneración de precepto legal al haberse apreciado la concurrencia de la atenuante del artículo 21.7 en relación al artículo 20.1 del Código Penal, pese a su inexistencia y con vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, art 24.2 CE, vulneración del principio de contradicción habiendo generado indefensión.

Por la procuradora Sra. Muñoz García, en representación de María Rosario y, en respuesta al traslado conferido se opone al recurso interpuesto, interesando la confirmación de la misma por estimar que es ajustada a derecho, está fundamentada y da cumplida respuesta, incluso antes de su planteamiento, al propio Ministerio Fiscal, remitiéndose igualmente al voto particular emitido, todo ello en ase a las alegaciones formuladas en su escrito de fecha 17 de junio de 2020.

Por la Procuradora Sra. Pérez Moreno de Acevedo en nombre y representación de Juan y otros, evacuando el traslado conferido, presenta escrito con fecha 13 de julio de 2020 , declinando pronunciarse respecto de la concurrencia de la atenuante del art. 21.7 en relación al artículo 20.1 del CP; de igual forma tampoco se pronuncia respecto a la supuesta indefensión que genera la atenuante aludido, oponiéndose por último a la nulidad de las actuaciones interesadas por el Ministerio Público, interesando se dicte sentencia en los términos indicados en los párrafos1, 2 y 3 de su escrito.

Por la Letrada de la Junta de Extremadura en la representación que ostenta, y evacuando el traslado conferido, se opone al recurso interpuesto por el Ministerio Público, interesando su desestimación y subsidiariamente se dicte sentencia por la cual no sea observada la atenuante del art 21.7 en relación con el art. 20.1, estableciendo la condena correspondiente manteniendo cuantos pronunciamientos se refiere a la responsabilidad civil, en concreto la exoneración de toda responsabilidad civil subsidiaria de su representada.

Décimo.- Con fecha veintiocho de julio de dos mil veinte, se acuerda iniciar el recurso, nombrándose conforme al turno establecido Ponente para esta causa a la Excm. Sra. Doña María Félix Tena Aragón.

En la misma resolución se acordó no haber lugar a la celebración de vista, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 21 de septiembre del año en curso.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los de la Sentencia de instancia que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- El recurso que interpone el MF se ciñe a una sola y exclusiva cuestión de los varios pronunciamientos que tiene la sentencia penal, y es el relativo a la estimación de la atenuante analógica que se recoge en la resolución de instancia.

La impugnación de este extremo se basa en dos aspectos bien distintos, el primero de ellos referido a la cuestión de fondo como tal de esa estimación, la acreditación de las circunstancias que constituyen la atenuante propiamente dicha porque, valorando las pruebas obrantes en autos, no puede darse por acreditada la afectación mental o la situación psicológica que en la resolución de instancia se dice que presentaba la acusada-condenada cuando cometió el delito de asesinato en grado de tentativa, y de cuya situación proviene la analogía, art 21.7, con la atenuante específica del art 21.1, ambos del CP. Y en segundo lugar, la impugnación proviene de cuestiones formales que conllevan vulneración del principio de contradicción y causa indefensión a la parte al haber sido acogida esta circunstancia sin que fuera alegada por la defensa, sin debate en el plenario, a lo que cabe añadir que la sentencia de instancia no respeta los términos de la conformidad a la que se había llegado, y que implicó que no se celebrase juicio como tal.

SEGUNDO.- Considera este Tribunal que una buena técnica procesal pasa por resolver esta última cuestión en primer lugar, dado que si formalmente, o por cuestiones procesales, el Tribunal no puede entrar en una cuestión, es después de solventar ello, y siempre que la respuesta no sea estimativa, cuando deberá pronunciarse sobre si concurren las circunstancias necesarias para realizar el pronunciamiento que es objeto de impugnación sobre el fondo.

Refiriéndonos por consiguiente a la primera, ya resuelta en la sentencia apelada con cita y transcripción de la jurisprudencia del TS sobre esta misma cuestión, esto es, sobre la posibilidad o no de apreciar una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal atenuante de oficio, sin que ninguna de las partes la haya propuesto y, por consiguiente, sin haber sido objeto de debate contradictorio en el plenario, la jurisprudencia del TS se ha venido mantenido incólume sobre la posibilidad de ello. En la STS de 27-9-2017 se dice que *"al margen de las exigencias del principio acusatorio, las circunstancias atenuantes pueden ser aplicadas de oficio siempre que exista una base racional suficiente y el presupuesto fáctico exigible para su apreciación"*. Y en las también sentencias de 6-3-2001 y 2-2-2007 especifica que *"esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos similares (véanse SSTS de 15 Dic. 2000 y 12 Ene. 2001, entre las más recientes), señalando que ya en la STS de 23 Feb. 1996 se decía que la obligada introducción en el debate judicial a través de una propuesta concreta discutida por las partes bajo los principios de bilateralidad, contradicción, lealtad y buena fe, si bien es de inexcusable observancia cuando de circunstancias de agravación se trata por el riesgo de indefensión que comportaría su planteamiento «ex novo», en supuestos –como el presente– en los que el relato de los hechos presta puntual y suficiente base para la apreciación de una circunstancia de atenuación o favorable al reo es aplicable la excepción a dicha regla general, cuando, aun sin proposición de parte, la narración fáctica de la sentencia contenga todos los datos que sirven de base para la apreciación de una circunstancia determinada que el Tribunal de instancia, aun de oficio, vendría obligado a aplicar"*.

Por lo tanto, conforme a esta doctrina jurisprudencial, la apreciación de oficio, siempre que sean circunstancias atenuantes, no supone una vulneración del principio de contradicción y no causa indefensión a ninguna de las partes, cuestiones específicas reservadas a las circunstancias agravantes, ya genéricas, ya específicas de un delito porque supondría tanto como que el acusado no conociera la totalidad de los hechos o circunstancias que se le imputan, cuestiones que no concurren cuando ante circunstancias atenuantes nos encontramos.

La pregunta siguiente es si esta postura jurisprudencial cambia, o sufre alguna alteración, si nos encontramos en un procedimiento conformado, y sobre el que no se ha celebrado juicio como tal. Esta cuestión es la que más en concreto recoge y resuelve la sentencia del TS transcrita en la sentencia apelada de fecha de 23-7-2014, y sobre cuya postura ninguna apreciación recoge el escrito de recurso. En todo caso, no está de más traer a colación que en este supuesto concreto presenta algunas matizaciones muy similares a las que el TS resolvió en la sentencia de 26-11-2015 *"procesalmente, no se trata de una sentencia de conformidad, sino de mera aceptación de los hechos imputados, que integrada con la documental obrante en autos, consigue el convencimiento de Tribunal de la participación de los acusados en los mismos y a su vez determina la atenuante cualificada de confesión tardía; pero sin sujeción a las previsiones y trámite de los artículos 655 ó 787 LECrim, que exigen una pena máxima de seis años, desbordada en las concretas peticiones del inicial escrito de conclusiones provisionales; de ahí que no se dicte sin más trámites la sentencia procedente según la calificación mutuamente aceptada, sino que continua la celebración del juicio y la declaración o aceptación de los hechos allí obrada, es elemento probatorio ponderado por el Tribunal. Consecuentemente, no se trata de sentencia de conformidad, pues se celebró la vista oral y se practicó prueba, de donde se deriva que el Tribunal no resulta condicionado ni por la aceptación de los hechos, ni tampoco por las penas, consecuencias accesorias y responsabilidad civil concordemente solicitadas por acusación y defensas"*.



En este supuesto nos encontramos ante un proceso ordinario, un sumario por, entre otros, la posible comisión de un delito de asesinato en grado de tentativa, y cuya petición de condena por parte de las acusaciones se elevaba a una pena muy por encima de los 6 años que como límite para dictar las sentencias de conformidad se recoge en la LECrim. Llegada esa primera sesión de juicio, y a pesar de que en ese momento inicial, tanto el MF como la acusación particular, redujeron su petición de pena, la misma quedó fijada en 11 años, 2 meses y 1 día de prisión, muy por encima de ese límite penológico, de hecho cuando el presidente del Tribunal interrogó a la acusada y le interesó si reconocía los hechos, se produjo un debate entre ambos, la acusada pidió cierta aclaración, que el presidente le facilitó, y se habló y se permitió que explicara determinados hechos que terminó reconociendo, por lo tanto, técnicamente, y como el TS especifica en la resolución citada, no estamos tanto ante una sentencia de conformidad, sino ante un reconocimiento de hechos, esa primera sesión vino seguida de, al menos, otros dos nuevos señalamientos y continuación de las sesiones de juicio oral, sesiones en las que se practicaron pruebas, es cierto que en relación con la única cuestión sobre la que las partes terminaron exponiendo sus distintas versiones y posturas, pero lo que conllevó que se practicara prueba, y que aunque después de esa primera sesión se volvió a interesar a las partes que concretaran la necesidad de las pruebas que eran precisas para los temas objeto de debate, se mantuvo por alguna de ellas la documental incorporada a la causa, y entre esa documental se encontraba la pericial de las psicólogas forenses del IML de Cáceres, acontecimiento 183, que es el que pone en tela de juicio la parte recurrente y que analizaremos posteriormente.

A mayor abundamiento, también el Alto Tribunal, STS 11-11-2014, recoge que *"resulta admisible el recurso interpuesto contra sentencias que no respeten los términos de la conformidad de las partes, bien en el relato fáctico, bien en la calificación jurídica o bien en la penalidad impuesta, debiendo recordarse que la admisibilidad del recurso no determina la decisión que en su momento haya de adoptarse sobre su estimación, pues el Tribunal sentenciador, por ejemplo, no pierde sus facultades de individualizar la pena en cuantía inferior a la solicitada (sentencias 4 de diciembre 1990, 17 de junio y 30 de septiembre de 1991, 17 de julio de 1992, 11, 23 y 24 de marzo de 1993), teniendo como límite en cuanto a la penalidad no poder imponer pena más grave que la pedida y conformada (STS 27-4-1999, 6-3-2000)"*.

Colofón de lo expuesto, es que el Tribunal sí que podía, procesalmente hablando, acoger una atenuante no interesada por ninguna de las partes sin que ello suponga vulneración del principio acusatorio, de contradicción, ni cause indefensión, y con independencia de que ello se produzca en un procedimiento contencioso o de reconocimiento de hechos, o conformidad.

TERCERO.- La impugnación de esta atenuante referida a la falta de acreditación de los hechos en cuya base se sustenta, pasa por el análisis de la prueba practicada, donde, en un principio, la parte recurrente dice que no se ha practicado prueba alguna al tratarse de una sentencia de conformidad. Ya apuntábamos en el fundamento anterior que estamos ante un reconocimiento de hechos y que sí que se celebró un juicio oral como tal, distribuido en varias sesiones, con práctica de prueba, entre la que se encontraba la prueba documental incorporada a las actuaciones, y donde estaba el informe del equipo psicosocial del IML de Cáceres, informe que en momento alguno había sido impugnado por la fiscal, y cuyo contenido era perfectamente conocido por todas las partes al haberse incorporado al procedimiento tiempo antes de dictar el auto de conclusión del sumario, por consiguiente, sí se cuenta con prueba para basar la concurrencia de la atenuante, y de hecho, la conclusión del Tribunal sobre ello figura en los declarados hechos probados y en los fundamentos de derecho, otra cosa distinta es la disconformidad del MF con la valoración que la Sala ha realizado de esa prueba, y sobre lo que seguidamente nos pronunciaremos.

En el tan citado informe, acontecimiento 183, se reseña cierta patología que implica un estado anímico y psíquico que sin ser una enfermedad diagnosticada como tal, puede tener alguna incidencia en las facultades de querer y hacer de la acusada consta en citado informe, y es el motivo de que la atenuante acogida haya sido la analógica del art 21.7 CP. Esa conclusión del informe pericial y de la ponderación que el Tribunal ha realizado de esa situación de la acusada en relación con el delito de asesinato en grado de tentativa pretende ponerlo en duda la fiscal porque, se dice, esa podía ser la situación que la acusada tuviera cuando se realizó la entrevista y el análisis como tal, pero no cuando los hechos se produjeron. Es cierto que esa evaluación se realizó casi 2 meses después de haberse producido los hechos, pero la situación que especifica el informe se remonta, según el contenido del mismo, a meses anteriores, situándolo incluso desde el embarazo, y los momentos subsiguientes al parto, llegando a provocar un trastorno depresivo moderado, por lo tanto, el informe pericial goza de todas las garantías para basar la estimación de la circunstancia atenuante que se recoge en la resolución de instancia.

La existencia de otras pruebas que contradicen esa conclusión también se han destacado por la parte apelante, tales como la propia declaración de la investigada en la fase de instrucción, si bien, se trata de apreciaciones personales de la parte, entendibles dentro del principio de inmediación, pero sin observar las características de una prueba pericial practicada por profesionales, e igual cabe decir de lo expresado por la perito-testigo



Marí Trini ; esta doctora es especialista en neonatología, y su pericia versa sobre la asistencia que le prestó al bebé, no sobre la situación psicológica y emocional de la acusada; lo que refiere cuándo se le pregunta sobre ese extremo son sus apreciaciones, también personales, de la reacción que tuvo la acusada cuando le comunicó la situación de su hijo, reacción compatible con la situación de bloqueo que las peritos recogen. Consiguientemente con lo expuesto, la Sala contaba con base probatoria suficiente para basar la atenuante acogida, esa prueba fue valorada y ponderada por el Tribunal, el hecho base se integra en los declarados hechos probados, los razonamientos para su acogimiento constan en la resolución y en el voto coadyuvante formulado, en esos razonamientos no se aprecia ninguna conclusión absurda o contradictoria, sino antes bien, fundada y ponderada la prueba, por lo que el recurso ha de ser desestimado.

CUARTO.- Las costas de este recurso se declaran de oficio.

VISTOS los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la AP de Cáceres, (sección 2ª) de fecha 20 de marzo de 2020, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** citada resolución, declarando de oficio las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que puede ser preparado, dentro del plazo de cinco días, contados desde la última notificación de la sentencia, solicitando testimonio de la misma, manifestando la clase de recurso que trate de utilizar, por medio de escrito autorizado por Abogado y Procurador. Dedúzcase testimonio de esta resolución y, una vez firme remítase, en unión de los autos originales, al Tribunal de procedencia.

Sin perjuicio del recurso, se informa igualmente de la posibilidad de solicitar Aclaración respecto de algún concepto que se considere oscuro o para rectificar cualquier error material del que pudiera adolecer, solicitud a formular para ante este tribunal, dentro de los dos días siguientes al de la notificación de la presente resolución (art. 267.1 y 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Si se hubieran omitido en esta resolución manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en esta instancia podrá igualmente solicitarse en el plazo de cinco días que se complete la resolución en la forma expuesta en el artículo 267.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; todo ello referido a la parte dispositiva de la resolución.

Conforme a lo dispuesto en el apartado sexto de la Instrucción 1/2011 del C.G.P.J, practíquense las notificaciones que puedan realizarse a través del sistema de gestión de notificaciones telemáticas Lexnet, e imprímanse las copias necesarias para el resto de las partes cuyos datos se encuentren debidamente registrados en el sistema de gestión procesal a las que se unirán las cédulas de notificación que genere automáticamente el sistema informático, y remítanse al Servicio Común que corresponda para su notificación.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Firmados.-María Félix Tena Aragón, Jesús Plata García y Manuela Eslava Rodríguez. Rubricados.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública ordinaria, en el siguiente día de la fecha. Doy fe.